



Roj: **SAP B 1458/2021 - ECLI:ES:APB:2021:1458**

Id Cendoj: **08019370122021100075**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **12**

Fecha: **10/02/2021**

Nº de Recurso: **246/2020**

Nº de Resolución: **76/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **IGNACIO FERNANDEZ DE SENESPLEDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, planta baixa - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294443

FAX: 938294450

EMAIL:aps12.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120188172515

Recurso de apelación 246/2020 -A2

Materia: Proceso especial contencioso guarda y custodia hijos comunes

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Guarda, custodia o alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados 574/2018

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0658000012024620

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0658000012024620

Parte recurrente/Solicitante: Luis Francisco

Procurador/a: Cristina García Girbes

Abogado/a: Angeles García-Diego Gómez

Parte recurrida: Angustia

Procurador/a: Rocio Fernandez Prat

Abogado/a: FRANCISCO CABISCOL SALVA

SENTENCIA Nº 76/2021

Magistrados Ilmos. Sres.:

D. José Pascual Ortuño Muñoz D^a. María Gema Espinosa Conde

D. Ignacio Fernández de Senespleda (Ponente)

En Barcelona, a 10 de febrero de 2021



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 10 de marzo de 2020 se han recibido los autos de Guarda, custodia o alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados 574/2018 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Cristina García Girbes, en nombre y representación de Luis Francisco contra Sentencia de fecha 19 de noviembre de 2019 y en el que consta como parte apelada el Procuradora Rocío Fernández Prat, en nombre y representación de Angustia .

SEGUNDO. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: " Que estimando en parte la demanda formulada por la Procuradora ROCIO FERNANDEZ PRAT, en nombre y representación de Angustia contra Luis Francisco , representado por la Procuradora CRISTINA GARCIA GIRBES, acuerdo las medidas siguientes en cuanto a las hijas comunes de los litigantes:

1º.- En cuanto a la guarda y custodia de las hijas se atribuye a la madre, permaneciendo la patria potestad conjunta.

2º.- En cuanto al régimen de visitas en favor del padre no se fija, sin perjuicio de que el padre pueda solicitarlo en un posterior procedimiento de modificación de sentencia.

3º.- En concepto de alimentos para las hijas el padre abonará a la madre la suma de 350 euros en doce mensualidades al año dentro de los cinco primeros días de cada mes y el padre abonará los gastos de colegio de las hijas. Dichas cantidades serán actualizadas anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, de acuerdo con las variaciones que experimente el Índice de Precios de Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Ambos progenitores abonarán por mitad de los gastos extraordinarios de carácter sanitario que no estén cubiertos por mutua médica o por la seguridad social de las hijas y las actividades extraescolares que se realicen en el futuro siempre que sean consensuadas por ambos progenitores.

4.- Se declara que el traslado de las menores Aurelia y Hortensia por parte del padre ha sido ilícito

5.- No se hace expresa imposición de costas a ninguna de las partes."

TERCERO. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos. Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 3 de febrero de 2021.

CUARTO. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado Ilmo. Sr D .Ignacio Fernández de Senespleda .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admite la fundamentación jurídica que contiene la sentencia recurrida, salvo en lo que pudiera resultar contradictoria con la que contiene la presente resolución.

PRIMERO.- Por la representación procesal de D. Luis Francisco se formula recurso de apelación frente a la Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2019 dictada en los autos de Guarda y custodia 574/2018, seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 45 de Barcelona.

Impugna el recurrente el pronunciamiento de la sentencia de instancia por el que se acuerda atribuir a Angustia , la guarda y custodia y ejercicio exclusivo de la patria potestad de Reyes y se establece una pensión de alimentos de 350 € mensuales que Luis Francisco deberá satisfacer.

Asimismo, declara que el traslado a Honduras de las menores Reyes , Hortensia y Aurelia ha sido ilícito.

El recurrente interesa en su lugar que se desestime la demanda interpuesta por no ser la jurisdicción española la competente para dilucidar la guarda y custodia y alimentos de la menor y estar dicha cuestión resuelta por los tribunales de justicia de Honduras.

La representación procesal de Dª. Angustia y el Ministerio Fiscal, se oponen al recurso.

SEGUNDO.- DE LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS ESPAÑOLES

Lo primero que debemos señalar es que la parte recurrente no ha interpuesto en primera instancia la correspondiente declinatoria de competencia internacional conforme al artículo 39 de la LEC.



En consecuencia no se ha cuestionado en forma la competencia de los tribunales españoles, sin que este Tribunal considere necesario estudiar de oficio su propia competencia a la luz de los razonamientos que se indicarán en los siguientes fundamentos.

TERCERO.- TRASLADO ILÍCITO DE LAS HIJAS MENORES

Señala el recurrente que no ha existido traslado ilícito de las hijas menores a Honduras porque en dicho país tenían su residencia, habiéndose desplazado de forma temporal a España, por lo que su regreso a Honduras no es un cambio de domicilio sino un retorno al domicilio.

No compartimos el razonamiento del recurrente.

De la prueba documental acompañada con la demanda, resulta que la unidad familiar se trasladó en el año 2013 a España escolarizando a las menores en DIRECCION000 . La hija menor Reyes , nació en Barcelona el NUM000 de 2013. D^a. Angustia , acredita la obtención de su permiso de residencia en España y el empadronamiento de las tres hijas en Barcelona, el 4 de abril de 2017.

En consecuencia, no hay duda que su domicilio era en España.

Adicionalmente, debemos destacar que el Sr. Luis Francisco no ha obtenido el **exequátur** de la sentencia de 14 de mayo de 2018, dictada en Honduras, que acuerda la suspensión de la potestad parental de la Sra. Angustia .

En estas circunstancias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 236-11.6 del Codi Civil de Catalunya, de aplicación en virtud del artículo 17 del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996; el Sr. Luis Francisco necesitaba el consentimiento expreso de la Sra. Angustia para el cambio de domicilio de las hijas menores que tienen en común.

En consecuencia, no habiendo obtenido el padre dicho consentimiento de la madre para el traslado de las menores, de acuerdo con los artículos 15 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, y regulado en nuestro derecho interno en el artículo 778 sexies de la LEC, tendente a obtener una declaración de ilicitud del traslado del menor, procede confirmar dicha declaración de traslado ilícito.

CUARTO.- EJERCICIO DE LA POTESTAD PARENTAL Y GUARDA Y CUSTODIA DE Reyes

En buena lógica con lo señalado hasta el momento, procede confirmar la atribución en exclusiva de la potestad parental de Reyes , así como su guarda y custodia a la madre, ya que el traslado ilícito realizado por el padre pone de manifiesto un inadecuado ejercicio de la potestad parental, siendo su domicilio en otro país y no pudiendo asumir ninguna de las obligaciones que como guardador le correspondría en España.

Igualmente se confirma la decisión de no establecer de momento una regulación de régimen de visitas del padre a la espera de que una vez retornadas las menores a España, el padre solicite las que considere oportuno y se valore con las nuevas circunstancias que se acrediten.

QUINTO.- DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS

En relación a este punto, se plantea por el recurrente una cuestión previa relativa una nulidad de actuaciones, pero que finalmente no vehícula en forma en su recurso, sin que se solicite la nulidad de la sentencia.

En realidad lo que se denuncia es que no se dio traslado de la consulta de averiguación en el punto neutro judicial de los patrimonios de ambas partes.

Dicha alegación no tiene más trascendencia procesal que las alegaciones que la propia parte haya podido realizar sobre dicha documentación, una vez notificada la providencia de 18 de diciembre de 2019, y de la propia valoración que este Tribunal puede hacer de la referida documental.

Los alimentos de origen familiar (en los que se encuentran los de los hijos mayores de edad) tienen un contenido en que se incluyen, como señala la STSJC 50/2017, de 30 de octubre, todo lo que sea indispensable para el mantenimiento, habitación, vestido y asistencia médica así como los gastos para la continuación de la formación si no la ha terminado por una causa que no le sea imputable una vez ha llegado a la mayoría de edad, siempre que mantenga un rendimiento regular. No encuentran su fundamento en el deber de la potestad parental, que al ser mayores de edad se ha extinguido, sino en los alimentos de origen familiar que en general se regulan en los artos. 237-1 ss. CCCat.

Sobre el principio de proporcionalidad en la contribución a los alimentos, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por todas la Sentencia del TSJC de 3 de noviembre de 2016 con cita de las SSTSJ 68/2013, de 28 de noviembre, 22/2014, de 7 de abril, 69/2014, de 30 de octubre, 15/2015, de 16 de marzo,



28/2015, de 27 de abril y 88/2015, de 28 de junio - ha señalado que cuando los obligados a prestar alimentos son más de una persona, de conformidad con el art. 237-7 CCCat la obligación debe distribuirse entre ellos en proporción a sus recursos económicos y posibilidades. Criterio que se reafirma en el artículo 237-9 CCCat cuando para establecer la cuantía de los alimentos dispone que se determina en proporción a las necesidades del alimentado y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a prestarlos.

En relación con dicho criterio de proporcionalidad establecido en el vigente CCCat en su art. 237-9, la cuantía de los alimentos deberá ser ponderada en cada supuesto concreto. La determinación de la cuantía que no ha de ser necesariamente aritmética o matemática, es facultad exclusiva del tribunal de instancia salvo razonamiento ilógico, arbitrario o irracional atendiendo a la citada regla de proporcionalidad y al binomio necesidad-posibilidad a que hacen referencia para su prestación, examinada conforme a las circunstancias concurrentes en los miembros de la familia que deba sufragarlos y conforme a los criterios más acordes con su nivel de vida o "status" actual.

Partiendo del marco normativo enunciado y descendiendo al resultado de la prueba practicada y las alegaciones del recurso; no consideramos que los documentos 1 a 7 aportados por el recurrente en el acto de la vista, desvirtúen de ningún modo los razonamientos del juez a quo relativos a la cuantía de la pensión alimentos. Los referidos documentos no aportan información alguna que sea relevante para la decisión sobre los alimentos.

En estas circunstancias, de la documental acompañada con por la madre relativa a la declaración de IRPF y su nómina, en relación a los gastos por alimentos para una niña de 7 años, nos parecen correctos cuando, como es el caso, el padre no ha acreditado ninguna prueba de su capacidad económica.

Por ello, el recurso se desestima.

SEXTO.- La desestimación del recurso de apelación implica la imposición de las costas causadas en esta alzada a la recurrente por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTOS los citados preceptos y demás de pertinente y general aplicación al caso,

FALLO

DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Francisco contra la Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2019 dictada en los autos de Guarda y custodia 574/2018, seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 45 de Barcelona, en el que ha sido parte apelada Dª. Angustia y el MINISTERIO FISCAL, CONFIRMAMOS dicha resolución en todos sus extremos; y ello con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada.

Una vez que alcance firmeza esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma, para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos. También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya. El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia. Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).



INFORMACIÓN PARA LOS USUARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

En aplicación de la Orden JUS/394/2020, dictada con motivo de la situación sobrevenida con motivo del COVID-19:

- La atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, arriba detallados, en todo caso cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

- Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita.

- Los usuarios que accedan al edificio judicial con cita previa, deberán disponer y usar mascarillas propias y utilizar el gel desinfectante en las manos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ